

# 行政節次の 法的規制에 관한 研究

## —A Study on Legal Regulation of Administrative Procedure—

徐 元 宇  
教 授

### 目 次

- I. 序論—行政節次の 法的規制의 理念的 基礎
- II. 外國에 있어서의 行政節次の 法的規制
  1. 美國, 2. 英國 3. 獨逸 4. 오스트리아 5. 日本
- III. 行政節次에 대한 現行 法的規制制度 概觀
- IV. 行政節次에 관한 法規의 狀況과 運用上의 問題點
- V. 結 論

### I. 序 論—行政節次の 法的規制의 理念的 基礎

1. 一般적으로 行政을 法을 가지고 規制하는 경우 서로 충돌하는 要請을 어떻게 調和할 것인가 문제된다. 즉 그 要請의 하나는 行政의 能率性的의 確保이며 다른 하나는 行政의 公正性的의 保障이라는 要請이라 할 수 있다. 行政의 內容은 극히 多種多様하며 수시로 彈力的인 措置를 필요로 하는 것, 신속한 處理가 요구되는 것등이 적지않다. 그리하여 이러한 경우에 行政能率의 발휘하여야 함은 특히 行政에 課하여진 重大한 使命이라 하지 않을 수 없다. 이와 같은 行政의 能率의 確保를 중시하는 立場에서 보면 行政의 節次的規制같은 것은 크게 障害가 되는 경우가 많을 것이다. 行政의 節次的規制는 될 수 있는대로 避하는 것이 바람직할 것이고 특히 그 一般的規制같은 것은 行政目的의實現에 反할런지 모른다. 종래 大陸法系統의 國家에서 行政의 事後節次面에 重點을 두는 制度를 세워 그 事前節次는 원칙적으로 인정하지 않는 態度를 취해왔고 오늘날에 있어서도 一般的인 行政節次法의 制定에 批判的인 立場을 堅持하는 見解가 많은 것도 行政의 이러한 特殊性의 考慮에 基하는 것이라 할 수 있을 것이다. 그러나 다른 한편으로는 行政의 이러한 特殊性을 認定하면서도 그와함께 行政의 公正성을 保障하는 見地에서 行政節次 특히 事前節次의 法的規制의 要請이 높아져가고있음

도看過할 수 없다. 그것은 行政에 대한 事後救濟節次를 整備하는 것만으로는 결코 行政의 公正性を 保障할 수 없다고 하는 實際의理由에도 基하지만 그것보다 더 一般的으로 節次 그 자체를 重要시하고 行政의 能率性的 要請을 어느정도 犧牲시키는 限이 있더라도 節次的 公正性を 確保하는 것에 重大한 意義를 인정하여야 할 것이라는 理由에 基한다고 할 수 있다. 다시 말하자면 正確한 事實의 認定을 前提로 하여 올바른 法的 解釋適用을 確保하고 또한 公益과 私益 기타 利害關係者의 利益등을 事前에 調整한다는 것이 現代行政에 課하여진 重大한 任務라는 것이며 이러한 任務를 適切히 遂行하기 위하여 事前節次的 法的規制를 특히 重要시하는 것이라 할 수 있다. 물론 이러한 事前節次를 整備規制한다는 것은 결코 事後節次를 소홀히 하여도 좋다는 뜻은 아니다. 事前節次와의 關聯下에 事後節次를 整備하는 것도 또한 必要함은 새삼스레 指摘할 필요도 없는 것이다. 그리고 後述하는바와 같이 이와같은 事前節次的 整備—公正節次的 保障—은 물론 行政의 種類 및 內容에 따라 그程度 내지 樣態를 달리할 수 있으나 요컨대 그것이 行政의 能率性的 要請과 반드시 矛盾衝突하는 것이 아니라 오히려 그것과도 調和할 수 있는 것이라고 생각된다.

2. 위에서 말한 行政節次的 法的規制는 주로 行政의 公正性を 保障함을 그 目的으로 하는 것이지만 이러한 要請과 行政의 能率性的 確保의 要請과를 어떻게 調和할 수 있을 것인가가 문제 된다. 그리하여 이러한 問題를 어떻게 解決하는가에 따라 行政節次 내지 行政過程의 法的規制의 範圍가 決定되어진다고 할 것이다. 종래 우리나라에 있어서도 넓은 의미의 行政節次 가운데 上下行政廳의 監督機關, 對等行政廳의 相互牽制등과 같은 行政組織 內部的 規制라든가 異議申請이나 訴願 그리고 行政訴訟의 경우와 같은 事後救濟節次는 비록 그것이 잘 整備되어 있는가 어떤가는 둘째로 하고라도 一般的으로 法律에 의하여 規制되어 있다고 할 수 있기 때문에 여기서 말하고자 하는 行政節次的 法的規制問題의 中心은 물론 行政過程의 事前節次를 어떻게 制規하여야 할 것인가 하는 點에 있다.

일반적으로 오늘날 行政의 公正性的 保障이라는 要請을 전혀 無視하려는 사람은 아마도 없을 것이지만 行政의 能率性的 確保라는 要請에도 重點을 두고 생각할 것인가 그렇지 않으면 行政의 公正性的 保障이라는 要請에 比重을 옮겨 생각할 것인가에 대해서는 見解가 갈라진다. 독일이나 프랑스에 있어서는 前者의 立場이 오늘날에 있어서도 아직 비교적 強하여 行政의 特殊性을 강조하고 그 事前節次的 法的規制에 관해서는 批判的인 態度를 取하고 있으며 學者들 가운데는 예컨대 私權에 대한 重大한 侵害를 끼칠만한 行政權의 行使에 있어서는 필요에 따라 具體的으로 節次的 法的規制를 行할 必要性을 인정하면서도 一般的인 行政節次法에 의한 事前節次的 原則的規制에 대해서는 消極的인 見解를 가지는 경우가 많은 것 같다. 이에 反하여 이미 一般的인 行政節次法을 가지고 있는 奧地利나 美國 등의 諸國에서는 물론, 歐美國의 많은 나라가 公正節次的 保障에 重點을 두고 바로 行政의 民主化的 要請

에 이바지 하는 것으로서 行政의 事前節次의 法的規制에 積極의 態度를 보이고 있으며 學者들 가운데도 이것을 支持하는 경우가 많다. 물론 이런 경우에 있어서도 그 數도 많고 복잡한 모든 行政에 대하여 劃一的으로 事前節次라고 하는 法的規制를 適用시켜야 된다는 뜻은 결코 아니다. 다시 말한다면 일반적인 行政節次法을 制定할 경우에도 여러가지 特例를 認定하지 않을 수 없을 것이다. 行政節次에 관한 一般法을 가지고 있는 美國이나 壤地利의 경우에 있어서도 그 適用의 除外例라든가 特例를 認定하고 있으며 어느 範圍까지 그것을 認定할 것인가에 관해서는 學者間에 異見이 적지 않다. 결국 이와같은 限界를 똑똑히 銘心하면서 비록 一般的인 行政節次法을 制定하는 경우에 있어서도 그것을 여러가지 特例를 豫定한 補充法的인 意義를 가지는 것으로 할 것인가 혹은 多種多樣的 行政各分野에 相應한 個別的인 行政節次的 規定을 整備하도록 할 것인가는 단순한 立法政策의 내지는 技術의 問題에 불과하다고 생각될런지 모른다. 그러나 行政節次的 法的規制—특히 一般的인 行政節次法의 制定—이라고 하는 問題의 根底에는 行政의 個別의 分野의 實際上的 必要에 相應한 現實的規制라는 現實的인 意義를 넘어서 現代行政의 基本方向이라고 하는 根本問題를 바탕으로 한 하나의 理念的 意義가 있지 않을까 생각한다.

3. 周知 하는 바와 같이 近代法治國家는 이른바 「法律에 의한 行政」의 原理를 그 根本的인 法原理로 삼고 있다. 그러나 그것은 行政權의 發動이 形式的으로 法律에 基하여 法律에 따라 行해질 것을 要求했을 따름이고, 만일 行政權의 發動이 法律을 無視하고 法律에 違反하여 行해져 결과 國民의 權利 또는 利益을 侵害하는 일이 있다 하더라도 行政監督의 方法에 의하여 그것을 是正하는 以外에는 事後에 相對方에게 그 是正을 求하기 위한 爭訟節次를 認定하는 것만으로 法治主義의 要請을 充足시키기에 充分한 것으로 생각하였다. 거기서는 行政의 能率性과 彈力性의 確保라는 要請이 重視되었기 때문에 이른바 行政의 司法形式化(justizförmigkeit) 같은 것은 거의 문제시되지 아니하였다. 다시말하자면 거기서는 國民은 단순한 行政의 支配의 客體에 불과하다고 하는 專制時代的인 思考方式의 殘滓를 벗출 수 있었던 것이다.

그리하여 이상과 같은 傳統的인 思考方式에 대한 反省과 批判이 바로 行政節次法을 낳게 한 背景이라 할 수 있거니와 요컨대 行政은 形式的으로 法律에 基하여 法律에 따라 行해진다고 하는 立場만으로는 不足하고 實質的으로 그 公法性과 適正性을 保障할 必要가 있으며 특히 國民의 權利 또는 利益의 侵害에 관계되는 行政權의 發動에 있어서는 事後救濟는 당연한 것이고 事前에 公益과 私益과의 調整을 圖謀할 필요가 있다는 見地에서 行政에 있어서도 司法節次에 準하여 節次的 法的規制를 行하여야 한다는 것이다. 여기서는 國民은 단순히 行政權의 支配의 客體에 불과하다고 하는 傳統的인 思考方式을 버리고 行政權과 國民을 統一的인 基盤 위에 서게 함으로써 國民의 意思나 主張을 行政權의 發動에 있어서 行政 그 自體 위에 反映

시키려는 것이며 바로 여기에 民主行政의 理念이 具現되어 있다고 할 수 있는 것이다.

일반적으로 法律은 實體法과 節次法으로 大別되거니와 오늘날 行政의 機能이 비약적으로 增大됨에 따라 그것을 實體的으로 規定하는 이른바 行政實體法의 量이 顯著히 增大되고 있음을 看取할 수 있으나 아무리 이러한 行政實體法이 內容的으로 適正히 整備規定되었다 하더라도 그 執行節次 過程이 適正하게 法的으로 規制되어있지 않으면 行政實體法의 모처럼의 意圖가 歪曲될 수 있으며 國民의 權利가 眞正으로 保障될런지 疑心스러워지는 것이다.

한편 現代國家는 흔히 社會國家, 福祉國家, 給付國家라고 불리우고 있거니와 現代國家는 國民一般에 대한 生活配慮라는 見地에서 國民各自에 대하여 그 人格의 生存에 필요한 모든 精神的 物質的 財貨를 給付할 廣汎한 任務를 지니고 있다. 그런데 이것은 한편으로는 各個人의 生活를 그 「窮乏으로부터 解放」시킨다고 하는 밝은 面을 가짐과 동시에 다른 한편으로는 國民一般을 強大한 給付權者인 行政 내지 그것이 所屬하는 國家에 대하여 말하자면 하나의 受給民 내지 隸屬者에 불과한 地位로 떨어뜨려 버린다고 하는 어두운 面을 가지게 됨으로써 現代統治國家는 國民各自의 國家에 대한 一般的隸屬狀態와의 緊張속에 서게 됨으로써 하나의 重大한 危機에 當面하게 된다. 따라서 이러한 危機를 克服하는 길은 國民各者를 단순한 受給民의 地位로부터 受給權者로서의 地位까지 끌어올리는 일이라 할 것이다. 다시 말하자면 給付行政의 단순한 目的物로서가 아니라 오히려 給付行政의 過程속에 그 當事者로서 主體的으로 參加케 하는 法律的 메카니즘이 바로 다름아닌 行政節次의 法的規制라 할 수 있는 것이다. 오늘날 給付行政의 領域에 있어서도 財貨의 不公正한 分配는 극히 중요한 社會的인 問題를 惹起케 하고 있으며 그에 대한 法的規制의 重要性은 결코 傳統的인 이른바 高權 行政에 있어서의 違法的 不利益處分에 대한 法的規制와 하등 다름바가 없다 할 것이다.

요컨대 行政過程에 있어서의 公正節次의 確保가 志向하고자 하는 것은 이상과 같은 現代 國家에 있어서의 民主行政理念의 具體的 表現이라 할 수 있는 것이다. 行政의 節次的規制라든가 司法形式化라고 하는 것은 이와같이 現代行政의 基本的方向에 관한 문제이며 어떠한 規制를 하는 것이 妥當할 것인가라는 技術的見地에서의 批判을 넘어서 基本的인 問題가 거기에 內包되어 있는 것이다.

4. 本稿는 行政機能의 擴大와 아울러 특히 最近 중요한 行政法上的 問題로서 注目과 關心의 對象이 되어있는 行政節次的 法的規制의 問題를 外國의 立法例를 概觀하고 이에 대한 우리나라의 現況과 問題點을 檢討考察함으로써 앞으로의 法制改善의 方向 및 그 方法을 提示함을 目的으로 한다. 一般的行政節次라 할 경우 第一次의 行政處分을 의미하는 事前節次 뿐만 아니라 第一次의 行政處分이 行해지고난 뒤의 事前救濟節次(廣義의 行政爭訟節次)까지 包含하는 의미로 쓰이기도 하며 狹義의 行政處分분 아니라 예컨대 行政立法까지도 包含하는 의미가 될수도 있겠으나 本稿에서는 別段의 說明이 없는 限 원칙적으로 第一次의 行政處분에

극한한 狹義의 行政節次概念임을 말하며 또한 行政節次的 法的規制에 관한 本稿에 있어서의 直接的인 問題意識은 法的 觀點에서의 그것이지 行政學的觀點에서의 그것이 아님을 미리 밝혀 둔다. 1952年 5月 24日 日本의 第13國會에 提出되었으나 審議未了로 廢棄되어버린 「國家行政運轉法案」이 行政 運營節次的 法的規制를 意圖한 것이었으며 그 主된 內容은 行政廳의 內部事務運營에 관한 訓示的規定과 극히 간단한 行政節次規定으로 이루어져 있었으나 그 主宗은 어찌까지나 前者에 관한 것이었다. 사실상 行政廳의 內部事務運營에 관한 節次를 法律의 形式으로 規定한다는 것이 과연 妥當할 것인가에 관해서는 그 自體 論難의 餘地가 있기도 하기 때문에 本稿에서의 行政節次的 法的規制問題는 第一次의 行政處分の 節次規制—다시 말하자면 聽聞審查, 審問, 釋明등의 機會를 부여함으로써 行政處分の 公正 且 民主의 施行을 確保하고 나아가서 國民의 法的 權利保障에 寄與하는 法的制度라는 의미로 理解하고자 한다

## II 外國에 있어서의 行政節次的 法的規制

### 1. 美 國

美國에 있어서의 行政節次的 法的規制 問題는 美國行政法의 中心問題를 이루고 있으며 美國에 있어서의 近世紀初의 行政法體系의 成立過程과 表裡關係를 이룬다.<sup>(1)</sup> 行政裡次的 法的規制는 個個의 立法이나 判例에 의하여 점차로 集積되어 왔었으나 美國에서는 그 뒤 不斷히 行政節次的 整備改善이 檢討되었었다. 美國法曹協會의 活動을 비롯하여 여러가지 研究가 發表되었으나 특히 注目할만한 것은 行政節次에 관한 法務總裁委員會의 報告라 할 수 있다. 1939년에 設置되었던 同委員會는 각 行政機關에 있어서의 行政節次에 관한 規定 및 運營의 實態를 調査檢討하여 1940年 27個의 모노그래프를 公刊하였고 1941年 最終報告를 提出하였다. 이것은 行政節次에 관한 劃期的인 研究였으며 또한 勸告였다. 그리하며 第二次大戰後 1946년에는 行政節次法이 制定되었던 것이다. 同法은 종래까지의 判例法을 成文化한 것이었고 또 各派의 妥協의 產物이었기 때문에 그 意義는 반드시 높이 評價되어 있지는 않았지만 이 法의 制定을 契機로하여 複雜無統一의 節次를 보다 明確하게 統一規制하려는 움직임이 活潑하게 되었다. 예컨대 1954年의 行政節次에 관한 會議에서의 勸告라든가 1955年의 第二次 후유버委員會의 勸告등이 그것이라 할 수 있고 또한 美國의 各州에서도 行政節次法的 制定이 차례로 發展하여 가고 있는 現況이라 할 수 있다.<sup>(2)</sup>

(1) 美國에 있어서의 行政節次法的 制定過程 및 그 後의 發展過程에 관해서는 拙稿 “새로운 行政法의 課題——美國行政手續法的 性格을 中心으로——” 「行政論叢」創刊號, 1962, 서울大行政大學院 pp.145-173 에 비교적 詳細히 論究되어있으므로 本研究에서는 극히 簡略하게 取扱하기로 했다.

(2) 美國 行政節次法的 具體的 內容에 관해서는 李尙圭著, 「美國行政法論」1963, 法文社, pp.123-

## 2. 英 國

英國에서는 미국에 있어서와는 달리 行政委員會가 아닌 單獨行政機關에게 새로운 規制問題의 解決을 위한 準司法權을 부여하기에 이르렀으며 이와같이 誕生된 것이 이른바 英國에서의 行政審判所(Administrative Tribunal) 制度이다. 이러한 行政審判所의 形態와 그 審理節次는 그것이 그때그때의 必要性에 의하여 個別的인 議會制定法을 근거로 하여 成立되었기 때문에 반드시 一定하지 않으나<sup>(3)</sup> 여기서 특히 중요한 의미를 지니는 것은 이들 行政審判機關들이 英國에 있어서의 傳統的인 法の 支配의 原理와 議會主權에 입각한 委任立法禁止의 原則에 相反되는 것으로서 이러한 行政審判機關이 行使하는 司法的 또는 準司法的權限이 法の 支配의 原理와 委任立法의 禁止에 違背되지 않느냐 하는 문제가 提起되는 동시에 특히 本研究의 主題인 이러한 行政審判機關에 의한 行政節次의 法的規制的 문제가 提起되게 되는 것이다.

周知하는 바와 같이 委任立法 및 司法的 또는 準司法的決定에 있어서 大臣 또는 大臣이 任命하는 者의 行使하는 權限에 대한 檢討를 目的으로 하여 1929년에 設置된 Donoughmore 委員會(Committee on Minister's Powers)의 1932년의 報告書는 극히 制限된 範圍이긴 하나 이른바 特別行政機關으로서의 行政審判所의 存在를 認定하는 一方, 議會主義 및 法支配의 原理를 確保하기 위하여 어떤 保障手段이 필요한가를 勸告한 가운데 그 保障手段의 하나로서 行政審判所에 있어서의 節次에 관하여 言及하고 있다. 즉 各當事者에게 그 主張을 말할 수 있도록 事件에 대하여 미리 알 機會를 줄 것(勸告案 第4項), 決定은 理由를 붙인 文書의 形式으로 하여야 하며 각 當事者에게 交付할 것(勸告案 第5項), 制定法上 公聽會를 열 때에는 審理를 行하는 者의 報告書는 이를 勸告할 것(勸告案 第6項) 등을 勸告하고 있다.<sup>(4)</sup>

Donoughmore 委員會의 報告書가 行政審判所의 存在를 是認하게 되면서부터 더욱 많은 行政審判所가 設置되었으며, 議會는 行政審判所의 設置에 즈음하여 그 設置根據가 되는 法律로서 法の 支配의 原理를 充足시키기 위한 節次的 規制를 課하게 되었으나 그 設置의 沿革과 行政分劃가 다름으로 因하여 行政審判所에 있어서의 節次는 各양 各색이었다.

그리하여 이러한 각 分野에 걸친 各種의 行政審判機關에서의 節次가 과연 法の 支配와 自然的 正義의 原則이 要求하는 正當한 節次를 充足시키고 있는가의 與否를 專門적으로 調査 檢討하게 하기 위해 設置된 것이 1955년의 이른바 Franks 委員會(Franks Committee on Administrative Tribunals and Enquiries)였고 1957년에 提出한 報告書에 基하며 1958년에 制定된 것이 다음아닌 現行「行政審判所 및 審問法」(Tribunals and Inquiries Act)이라 할 수

294 참조할 것. 또한 柳祿相, 「行政節次에 관한 小考—APA上의 行政聽聞을 中心으로—」 서울 大學校 司法大學院 碩士學位論文, 1970, pp. 55-138 참조.

(3) 英國에서의 行政審判所의 由來 및 形態 그리고 그 審理節次에 관해서는 尹世昌著 「英國行政法序論」 1964, 一潮閣, pp. 108-118 참조.

(4) 山本正太郎 著 「英國行政法の 研究」 1970, 弘文堂 p. 97.

있다.

同委員會의 報告書는 단적으로 말하여 行政審判所의 構成과 運用 및 行政上의 聽聞(土地收用, 新都市開發計劃 등에 있어서)의 運用에 관한 것으로서 前述한 Donoughmore 報告書가 다른 委任立法과 司法的, 準司法的決定에 관한 事項中 司法的 準司法的決定의 部分에 대체로 對應하는 것이라 할 수 있다.<sup>(5)</sup> 同報告書는 여러가지 事項에 관하여 廣範하게 報告하고 있으나<sup>(6)</sup> 여기서는 특히 研究의 主題인 行政上의 聽聞節次에 관한 主要한 勸告를 紹介함에 그치고자 한다. 同委員會는 議會가 意圖하는 基準에 行政審判所를 適合하게 하기 위해서는 무엇보다도 公開性(openness), 公正性(fairness), 公平性(impartiality)이라는 세가지 基本的인 目標가 確保되어야 한다고 前提하면서 公開性은 審判節次의 公開와 決定의 바탕이 된 基本理由의 知悉을 要求하며 公正性은 當事者가 自己의 權利를 알 수 있고 自己의 事件을 充分히 提示하며 그가 當面할 事件을 理解할 수 있도록 明白한 節次가 採擇될 것이 要求되며 또한 公平性은 關係行政部處의 影響으로부터의 行政審判所의 事實上 혹은 明確한 解放이 要求된다고 말하고 있다.<sup>(7)</sup> 同報告書는 行政審判所의 聽聞節次에 관하여 「聽聞前 節次」·「聽聞의 節次」·「聽聞後의 節次」의 세項目으로 分類하여 勸告하고 있거니와<sup>(8)</sup> 主要한 것을 列擧하면 다음과 같다.

- ① 누구나 處分에 異議를 提起하는 聽聞節次를 받을 權利가 있음을 被處分者에게 알릴 것.
- ② 準備書類를 提出할 適當한 時期를 被處分者에게 通知할 것.
- ③ 行政審判의 審理·聽聞은 當事者가 缺席戰術을 弄하는 경우를 除하고는 當事者 및 그 밖의 모든 關係人의 出席下에 進行되어야 한다.
- ④ 審理의 公開는 當然한 것이지만 例外를 公安의 安全, 個人의 私的經濟狀態, 醫師 등의 能力 내의 信望이 審判의 內容일 때에는 非公開로 할 수 있다.
- ⑤ 土地審判所 등에 대해서는 一般裁判所의 證據法則을 그대로 適用해야 될 것이지만 그 밖의 많은 行政審判所에까지 이 法則의 適用을 要求한다는 것은 無理이며 法曹資格이 있는 長의 裁量에 맡기는 수밖에 없다.

(5) 報告書는 第一部 序說, 第二部 行政審判所總說, 第三部 行政審判所各說, 第四部 行政上의 聽聞節次總說, 第五部 土地에 관한 行政節次各說, 第六部 結論과 主要勸告事項과 補論등으로 구성되어 있다.

(6) Franks 報告書가 다른 主要事項은 ①各種의 制定法上에 規定되어있는 Appeal 制度의 現行機構과 그 改革問題 ②土地收用·新都市開發計劃 등에 있어서의 行政節次의 實態 및 그에대한 改革, ③行政節次와 같은 一般法의 制定의 是非問題, ④司法權과 行政權간의 權限分配 및 行政審判所와 大臣間的 權限分配 問題, ⑤司法審查의 範圍問題, ⑥프랑스의 行政裁判所設立의 是非問題, ⑦高等法院에 行政部를 둘 것인가의 與否問題, ⑧行政審判所에 관한 諮問委員會設置의 問題, ⑨行政審判所統合의 問題 등이라 할 수 있다.

(7) H.W.R. Wade, Administrative Law, 2d. Ed. 1967, Clarendon Press, Oxford. p. 243.

(8) Report of the Committee on Administrative Tribunals and Inquiries, 1957, pp. 17-24. 尹世昌 著「前掲書」pp. 102-104.

- ⑥ 審問 및 反對審問을 制限하는 慣例가 있지만 결코 이 權利는 制限되어서는 아니된다.
- ⑦ 行政審判所의 裁決에는 그 理由를 붙여야 한다.
- ⑧ 審理의 終結後 조속히 行政審判所는 裁決에서 인정한 事實과 裁決의 理由를 當事者에게 通知하여야 한다. 아울러 上訴權의 有無도 通知하여야 한다.
- ⑨ 上級審의 行政審判所는 判決例集을 公刊해야 한다.

同委員會의 報告書의 特質은 요컨대 行政審判所制度를 英國憲法體制上 永久的인 制度로서 받아들여야 하는 一般訴訟制度中에 包含시킬 것을 明白히 했다는 점, 그리고 각종의 行政審判所의 節次를 支配할 一般原則을 定立하였으나 각종의 行政審判所의 節次를 統合한 하나의 一般行政節次法이라는 制度에 反對하여 그를 各種 行政審判所의 特殊事情에 適合하도록 個別的으로 그 節次를 規定하도록 하였다는 점등이라 할 수 있다.<sup>(9)</sup>

同報告書의 勸告를 바탕으로 하여 制定된 1958年의 「行政審判所 및 審問法」역시 行政審判所에 있어서의 公開聽聞節次에 관하여 規定하고 있으나 모든 行政審判所의 節次를 統一하려는 意圖이 아니라 最少限度의 基準을 提示함에 그치고 있다는데 그 特殊性이 있다고 할 것이다.<sup>(10)</sup>

### 3. 獨 逸

가. 종래 大陸法系의 代表的國家인 獨逸에 있어서는 行政節次에 관한 關心은 비교적 弱하여 行政救濟節次를 除하고는 一般行政法의 教科書에서도 行政行爲의 瑕疵論의 部分에서 간단하게 다루어지고 있음에 不過했다. 이것은 아마도 獨逸에 있어서는 法治主義의 觀念과 關聯되어 理解되어질 수 있는 것이다. 즉 독일에서는 法治主義라고 하면 行政權의 行使가 法律에 根據하여 그 테두리 안에서만 행해지는 것, 그리고 行政權의 行使에 대하여 國民에게 事後的인 裁判所에 의한 權利의 保護가 주어지는 것(行政權에 대한 裁判的統制)이라고 하는 두가지 點이 그 要素로서 생각되고 있었다. 따라서 英美에서와 같은 權利의 節次的保障과 같은 觀念은 法治主義의 要素를 이루는 것으로 생각되지 아니하였다. 그 결과 獨逸에서는 第1次의 行政處分의 節次를 規律한다는 것은 行政의 自律性과 彈力性에 비추어 극히 例外에 속하는 것이니 行政權에 대한 國民의 權利保障으로서는 오히려 事後的救濟節次에 關心이 集中 되어 왔다. 이와같이 독일에 있어서는 行政節次에 대한 消極性은 이웃나라, 오스트리아의

(9) 山本正太郎 著「前掲書」pp.123-124.

(10) 1967年 英國은 Parliamentary Commissioner Act가 制定되어 이른바 護民官(Ombudsman) 制度를 導入함으로써 이를로하여금 1958年法에 의하여 設定된 大法院直屬의 常設諮問委員會(Lord Chancellors Standing Council on Tribunal)와 함께 行政審判所의 運用과 節次에 관해 統制하고 있다. 護民官制度의 一般의 紹介로는 筆者의 書評 "Rowat (ed.) The Ombudsman—Citizen's Defender, 1965; Gellhorn, Ombudsman and Others—Citizen's Protectors in Nine Countries, 1966; Gellhorn, When Americans Complain—Governmental Grievance Procedures, 1966" 「公法研究」 第1輯, 1971, 韓國公法學會, pp.171-182 참조.

顯著的業績에 비하여 뚜렷할 뿐 아니라 獨逸에 있어서의 다른 法域에 있어서의 國內立法政策과 비교해 볼 때 더욱 현저한 바가 있다.

그러나 獨逸에 있어서 行政節次의 法的規制가 전혀 存在하지 않았던 것은 아니다. 독일에 있어서 行政節次에 대한 關心은 19世紀까지 거슬러 올라갈 수 있으며 그 立法的業績도 결코 過少評價할 수 없다. 즉 란트(Land)에 있어서는 1883년의 프로이센의 一般란트行政法(Preussisches Allgemeines Landrecht)과 1884년의 바아덴行政節次法(Badisches Verfahrensordnung)이 行政節次에 관한 規定을 두고 있으며 1926년의 튀링겐란트行政法(Landesverwaltungsordnung für Thüringen) 및 1931년에 불템펠크 行政節次法 草案(Württembergischer Entwurf eines Verwaltungsverfahrgesetze)이 불템펠크 行政法草案의 附錄으로 作成되었으며 1934년에 브레멘(Bremen)州의 行政節次 및 行政強制에 관한 法律(Gesetz über das Verwaltungsfahren und den Verwaltungszwang), 1950년의 자아르(Saar)州 一般行政法(Gesetz über die allgemeine Landesverwaltungsgesetz), 1957년의 노르트라인·베스트팔렌(Nordrhein-Westfalen)州의 第一次行政改革 및 簡素化法(Erstes Gesetz zur Neuordnung und Vereinfachung der Verwaltung) 및 1958년의 西柏林行政節次法(Gesetz über das Verfahren der Berliner Verwaltung) 등이 각각 制定되었다.

이 중에서 튀링겐란트行政法과 불템펠크行政節次法草案은 독일에 있어서 行政節次의 一般的規定의 例示로서 독일行政法의 歷史에 있어서 중요한 古典의意味를 가질 뿐 아니라 今日에 있어서도 貴重한 資料가 되고 있다. 또한 Berlin 行政節次法은 西獨의 諸關係立法中 가장 體系的이고 實用的인 法律로 評價되고 있다.

한편 聯邦의 경우에는 Berlin 行政節次法과 같은 統一法典은 없지만 거의 完備된 個別行政節次法이 施行하고 있다. 예컨대 1899년의 營業法(Gewerbeordnung), 1911년의 舊「라이히」保險法(Reichsversicherungsordnung), 1919년의 「라이히」租稅法(Reichsabgabenordnung), 1955년의 戰爭犧牲者救護法(Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren in der Kriegsofferversorgung) 등의 諸法 가운데 行政節次에 관한 중요한 規定이 존재하는 외에 1952년의 行政送達法(Verwaltungszustellungsgesetz) 및 秩序違反處罰法(Ordnungswidrigkeitsgesetz), 1953년의 行政執行法(Verwaltungsvollstreckungsgesetz)가 制定되었다. 이들은 모두 個別領域에 있어서의 行政節次立法이며 一般的 包括的立法은 聯邦에는 存在하지 않는다.<sup>(11)</sup> 그러나 1963년 西獨에서 行政節次法模範草案이 作成되어 현재 一般行政節次法이 立法段階에 있다.

나. ○ 제 西獨의 行政節次法模範草案의 沿革와 그 一般의特徵에 관한 概觀해보기로 한다. 西獨의 Bonn 基本法 第103條 第1項은 刑法 및 刑事節次에 있어서의 基本權으로서 「모든 사람은 裁判所에 대하여 法律의 聽聞請求權을 가진다」고 規定하고 있는바 여기의 「裁判所에 대

(11) 金子宏, “獨逸에 있어서의 行政節次法의 過去와 現在” 「유리스트」 No. 212, pp. 20-28.

하여」의 의미에 관하여 判例는 「裁判上の 節次에 가장 本質的인 憲法上 保障된 法律的 聽聞의 原則은 行政上の 節次에 있어서도 그대로 適用된다」<sup>(12)</sup>고 判示하고 있고 學說도 이에 同調함으로써 行政節次에 있어서의 當事者에게 聽聞의 機會를 부여하지 않으면 안된다고 하는 法理를 發展시키고 있다.

위와같이 독일 에 있어서는 聯邦과 州를 通하여 行政節次에 관한 法律이 行하여져 왔으나 聯邦統一行政節次法은 만들어지지 않았다. 그러나 判例와 學說이 刑事節次에 있어서의 聽聞權을 行政節次에도 適用되는 것으로 積極的으로 解釋하게 되는 憲法的基盤 위에 事後的救濟制度의 不合理, 行政裁判의 遲延과 負擔의 過多, 法院의 機能의 相對的低下로 말미암아 事前救濟制度로서의 行政節次의 必要性을 通感하게 되어 이에 관한 立法的關心이 높아져 왔다. 그리하여 1958 年의 國法學者會議에서는 行政節次가 主題로 論議되어 Betterman 과 Melichar 의 報告를 中心으로하여 討議되었고 1960 年 München 에서의 第43次 獨逸法曹大會公法部에서 行政節次에 관한 問題가 討議되었고 同學會는 一般行政節次法の 制定이 반드시 필요하다는 結論에 到達하여 그 實現을 위하여는 聯邦과 諸州가 協力할 必要가 있음을 決議하였다. 그리하여 위의 法曹大會에 刺戟되어 政府는 聯邦·州合同委員會(Bund-Landerausschuss)를 設置하고 行政節次法草案의 作成에 착수하여 1963 年 行政節次法模範草案의 作成을 完了하였다. 同草案의 特徵을 살펴보면 대략 다음과 같다.<sup>(13)</sup>

① 同草案은 순수한 行政節次에 관한 規定外에 節次와 밀접불가분의 관계에 있는 實體的 規定(특히 附屬)에 관하여 規定하고 있으며

② 行政行爲와 公法上の 契約間에는 밀접한 관련이 있기 때문에 公法上の 契約에 관한 規律은 行政節次法에 있어서 無視할 수 없는 것이라하여 公法上の 契約의 締結을 목적으로 하는 行政作用도 行政節次의 概念속에 포함시키고 있다.<sup>(14)</sup>

③ 同草案은 行政節次에 관한 規定을 規律對象에서 除外하고 있다.

④ 行政의 實效性和 法治主義의 要請을 調節하는 의미에서 通常의 節次(Normal Verfahren)와 正式의 節次(Formalichesverfahren)를 구별하고 있다. 그리하여 正式節次의 實施는 특별한 根據規定이 있는 경우에만 認定되며 原則的으로는 簡易·迅速한 通常節次를 適用케 함으로써 行政의 多樣性和 節次의 簡易·迅速·經濟에 충분한 고려를 하고 있다.

⑤ 一般行政節次法の 基本法으로서의 性格을 잃게 할 念慮가 있는 特別法の 成立을 阻止하

(12) Hess, VGH, Urt. V. 13, Mai 1955, OSI. 220/53. Entscheidungssammlung des Hessischen und des Württemberg-Badischen Verwaltungsgerichtshofes Bd. V. 1956, S. 159.

(13) 南博方, “西獨의 行政節次法草案”, 「유리스트」No. 313, No. 314 참조.

(14) 同草案 第8條는 行政節次의 定義로서 「行政節次라 함은 行政行爲의 要件의 審理, 準備 및 發付 또는 公法上の 契約의 締結을 目的으로하는 外部에 대하여 効力を 가지는 行政廳의 作用이다」라고 規定하고 있다.

기 위한 特別한 配慮를 하고 있다.

#### 4. 5 스트리아

가. 오스트리아에 있어서는 1925年 行政節次에 관한 法律(Verwaltungsverfahrensgesetze)가 制定될 때까지는 行政節次는 원칙적으로 行政廳內部的 訓令에 의해 行해졌으며 특수한 行政分野에 限하여 行政刑罰節次法과 같은 個別的行政節次法<sup>(15)</sup>에 의하여, 그리고 鐵道法, 水法, 營業法등과 같은 個別的行政實體法에 의하여 각각의 節次가 定해져 있었다. 그러나 1876年에 行政裁判所가 設置된 以後로 判例에 의하여 중요한 節次準則이 形成됨에 이르렀으나 아직 統一的法律에 의한 規制는 行해지지 못했었다. 오스트리아에서는 舊王國時代로부터 이미 行政節次法 制定의 要望이 簡易·迅速한 行政의 必要上에서나 國民의 權利保障의 立場에서도 강하게 부각되어졌었고 필요한 專門家들의 意見을 듣거나 草案<sup>(16)</sup>의 作成이 일찍부터 試圖되었었다. 따라서 1925年의 立法도 無에서 나온 것이 아니라 前述한 바와 같은 事情 특히 行政裁判所의 判例의 50年에 가까운 影響을 고려에 넣어 理解함이 필요하다.

어쨌든 이와같이 하여 1925年에 一般行政節次法(Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz—AVG), 行政刑罰法(Verwaltungsstrafgesetz—VSt, G), 行政執行法(Verwaltungsvollstreckungsgesetz—VVG)가 制定되었고 行政節次法施行法(Einführungsgesetz zu den Verwaltungsverfahrensgesetze—EGVG)에 의하여 1926年 1月 1日부터 施行되었었다. 그러나 이들 一聯의 行政節次에 관한 法律은 독일의 占領中에는 그 施行이 一時 中止되었다가 1950年 5月 23日 再公布施行되었었다.

나. 오스트리아의 行政節次에 관한 法律은 獨逸과는 相異한 法治主義의 觀念<sup>(17)</sup>을 바탕으로 하여 立한 것으로서 優秀한 節次法典으로서의 體系를 갖추고 있으며 國民의 權利保障을 위한 審事者聽聞의 迅速決定의 原則, 社會的配慮의 原則(der Soziale Gehalt) 등을 채택하고 있는 方面에, 他方 行政目的과 能率을 위하여 職權主義, 實體的眞實主義, 證據方法平等의 原則, 行政廳의 裁量에 의한 口頭審理, 先決問題의 判斷, 略式節次등 많은 配慮가 加해지고 있어 行政廳측으로부터도 同法에 대한 支持가 높다고 한다.

(15) 但 檢察犯의 處罰만을 目的으로 했다. 그러나 1925年의 行政節次法의 制定과 함께 大部分 廢止되었었다.

(16) 예컨대 1911年의 行政改革促進委員會草案 등을 들 수 있다.

(17) 오스트리아에서의 法治主義 또는 法律에 의한 行政이라는 觀念속에는 獨逸의 그것과는 달리 이론 바 節次的保障의 觀念이 包含되는 것으로 理解되어 왔다. 즉 「行政은 法律에 의하여 行하여지지 않으면 아니된다」고 하는 의미는 行政機關의 行爲의 內容이 法律에 定하여지지 않으면 안된다고 하는 意味이외에 行政機關의 行爲의 方式, 節次가 法律에 定하여지지 않으면 안된다는 意味가 包含되어 있고 바로 이러한 點이 오스트리아에서 다른 大陸法系國家와 달리 일찍부터 行政節次的 觀念이 發展하였고 世界最初의 統一的인 一般 行政節次法을 制定한 國家가 될 所以이기도 하다. 橋本公宣, “行政手續”, 「行政法講座」第三卷, 行政救濟, 有斐閣, 1965, p.6) 以下 참조.

또한 1912년의 行政裁判所法에 의하면 行政裁判所는 判決을 行함에 있어서 行政廳의 事實認定에 拘束되는 것으로 規定하고 있으므로 行政裁判所는 事實認定에 관한 當事者聽聞, 특히 節次規定에 위배한 때 및 證據의 評價가 論理法則에 위배한 때 以外에는 原決定을 取消할 수 없게 된다. 이것은 事實認定을 위한 審理過程으로서의 聽聞등이 충분히 履行되도록 節次的 比重을 相對的으로 높이는 反面에 法院의 負擔輕減을 圖謀함으로써 行政節次的 萬全을 期하기 위한 措置라 할 수 있다.

이제 오스트리아의 一般行政節次法<sup>(18)</sup> 中 本研究와 제일 밀접한 관계가 있는 聽聞에 관한 중요한 條項만을 紹介하면, 同法 第37條는 「審理節次는 行政事件의 處理의 基準이 될 事實關係를 認定하고 當事者에 대하여 그의 權利 및 法律上的 利益을 주장할 機會를 부여할 것을 目的으로 한다」고 規定하여 聽聞이 審理節次的 主要한 目的의 하나임을 宣言하고 同法 第43條 3項은 「모든 當事者는 事件에 관한 一切의 主張을 陳述하고 다른 關係人, 證人, 鑑定人이 提出한 事實 또는 顯著한 事實, 다른 關係人이 提起한 申請 및 職權調査의 結果에 대하여 證據를 들어 意見を 陳述할 機會가 특히 부여되지 않으면 안된다」고 規定하고 다시 同法 第45條 3項에도 「當事者에게는 證據調査의 結果를 알고 그것에 대하여 필요한 意見を 말할 機會가 부여되지 않으면 안된다」고 規定하여 聽聞을 받은 權利를 明示하고 있다. 뿐만 아니라 第17條에는 「行政廳은 行政諸規定에 別段의 定함이 없는 限 當事者에 대하여 그의 法律上的 利益을 주장 또는 防禦하기 위하여 必要로 하는 記錄 또는 그 一部の 閱覽 및 謄寫를 허용하지 않으면 안된다」고 規定하고 있는바 이것은 「行政廳의 決定의 根據가 되는 資料를 알게 하는 方法이며 또한 그것을 안다는 것은 節次上에 있어서 當事者가 自己의 權利를 옹호하기 위한 不可缺의 手段이며 또한 그 限度內에서 法治行政의 要請 가운데 하나이다.」<sup>(19)</sup>

## 5. 日 本

가. 二次大戰以前에 있어서의 日本의 法制 및 法思想은 周知하는 바와같이 독일의 例에 따른 것이 었다. 즉 法治行政의 原理를 일용 채용하고 있었으나 그것은 前述한 바와 같은 특

(18) 全文 8條로 構成되어 있으며, 第一編 一般規定, 第二編 調査節次, 第三編 決定, 第四編 法律上の 保護, 第五編 費用의 차례로 規定되어 있다. 이법의 全文翻譯은 法制處에서 1963年 法制資料 第11輯으로 發行한 「各國行政救濟關係法規集」에 收錄되어 있다. pp.83-113.

(19) 오스트리아의 行政節次法에 관한 文獻으로는 Antonialli, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1954. Adamcovich, Grundriss des österreichischen Verwaltungsrecht, 1948. Herinert, Das Verwaltungsverfahren, 1932. Veröffentlichten der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehre, Heft 17, 1959(1958年 10月 Vienna에서 開催한 독일 公法學者協會總會의 第二主 題인 「行政節次」에 관하여 독일의 Bettermann, 오스트리아의 Melichar가 行한 報告와 이에 대한 討議에 있어서의 Antonialli, Bachof, Forsthoff, Imboden, Ipsen, Merkl 등 20餘名 學者들) 發言要旨가 收錄되어 있다.) 尾上實 “오스트리아 行政節次法の 輪廓과 問題點” 「유리스트」 No. 212, 1960, pp.37-44. 同, “오스트리아 行政節次法の 問題點”, 「公法研究」 第二三號, 日本公法學會, pp.163-173 등 참조.

일법) 그것이었고 行政實體法를 整備함으로써 만족하고 行政節次 특히 第一次의 處分の 行政節次) 法的規制에 대해서는 거의 關心을 가지지 아니하였었다. 그러나 戰後 美軍政下에서 美國)의 繼受 내지는 強要로 인하여 憲法을 비롯하여 모든 法制가 美國의인 영향을 받게 되었으며 個個의 行政法視 가운데에도 美國의인 制度와 技術이 採用되었으며 이것은 行政節次에 관한 法的規제도 例外가 아니었다. 그러나 制度自體에 대한 충분한 檢討도 행하여짐이 없이 個個의 法律中에 行政節次에 관한 規定을 한 결과 그 規定의 態樣은 混亂을 극하여 不統一을 면치 못하였을 뿐 아니라 行政節次에 대한 行政廳자신의 沒理解와 無關心으로 因하여 運營面에서의 缺陷이 反復의으로 露出되었었다. 이와같이 行政節次에 관한 理解가 거의 없는 狀態下에서는 個個의 法律中에 通知·聽聞·公聽會등의 規定을 두고 있을지라도 실제로 運營되지 않았던 것이므로 統一的인 行政節次法의 制定은 전혀 문제가 되지 않았던 것이다. 그러나 近來에 이르러 行政節次에 관한 關心이 높아졌고 이에 관한 論議와 研究가 활발해짐에 따라 統一的인 行政節次法을 制定할 必要性을 인정하게 되었으며 일본 憲法 第31條의 刑事節次에 관한 節次的保障의 規定을 行政節次를 포함하여 적극적으로 해석함으로써 行政節次的 規制의 根據를 憲法의 規定으로부터 찾게 되었다.<sup>(20)</sup>

나. 日本에 있어서의 行政節次에 관한 法制의 改革에의 經過를 概觀하여 보면

(1) 1949年 聯合軍司令部의 指示에 따라 法制審議會에 「行政節次部會」가 設置되었으나 당시 行政節次에 대한 理解가 不足하였고 또한 司令部側의 無誠意로 저절로 廢止되고 말았다.

(2) 1952年 國家行政運營法案이 議員提出法案으로 國會에 提出되었으나 行政廳의 內部事務運營에 관한 訓示의 規定과 간단한 行政節次規定으로서 이루어졌던 全文 14個條의 同法案은 實質的인 審議에 들어감 없이 審議未了가 되어버렸다.

(3) 1952年 7월에 行政審議會의 國家行政運營法要綱(試案)이 公表되었으나 同要綱에는 行政運營에 관한 訓示的 規定과 行政節次에 관한 規定이 雜多하게 混合되어 있었다. 그러나 行政運營에 관한 諸規定은 일부러 法律로서 定할 必要가 없을 뿐 아니라 節次規定도 不備不徹底하기 때문에 이에 대한 批判이 적지 않았으며 결국 發展을 보지 못하고 말았다.

(4) 1953年 日本의 公法學會는 日本의 行政學會와 共同主催로 위 要綱의 共同研究를 行했

(20) 일본憲法第31條는 「아무도 法律의 定하는 節次에 의하지 않고는 그 生命 또는 自由를 빼앗기지 아니 또는 其他의 刑罰을 받지 않는다」고 規定하여 美國의 修正憲法 第5條와 類似한 規定을 두고 있거니와 同條의 解釋에 관하여 첫째로 同法은 刑事法의 分野 뿐만 아니라 民事法이나 行政法의 分野에도 當然히 適用되어야 한다는 見解와, 둘째로 同條는 主로 司法作用에 대한 自由權의 保障條項이라고 理解하여 적어도 直接的으로 行政法의 分野에는 適用될 수 없다는 見解, 그리고 셋째로 本來 刑罰節次에 있어서 正當性을 保障하기 위한 條項임은 그 文脈이나 條文地位上 分明하나, 行政의 分野에 있어서도 刑罰에 準할만한 生命의 剝奪과 같은 身體의 拘束이나 財産의 剝奪에도 類推適用 될 수 있다는 見解 등이 있거니와 셋째의 類推適用說이 學說의 大勢인 듯하다.

으며 몇몇 教授의 報告를 中心으로 討議가 行해졌고 이를 前後하여 行政節次法에 관한 研究 發表가 점차 活發해졌다.

(5) 1954年 法制審議會에 行政訴訟部會가 設置되어 行政事件訴訟特例法の 改正이 審議되었 으며 1958년에는 訴願制度調查會가 設置되어 訴願制度의 改正이 審議되었던바 이들 救濟 制度의 審議와 때를 같이하여 처음으로 統一的인 一般行政節次法의 整備必要性이 論議되기에 이르렀으며 1959年 日本公法學會는 行政節次法을 研究의 主題로 삼았었다.

(6) 1961년에는 行政事件訴訟法과 行政不服審査法이 각각 制定施行됨으로써 事後的救濟 節次의 整備를 完了하였 으며 이것은 日本에 있어서 行政節次發展에 劃期的인 轉換을 가져오게 하였다. 그리하여 事後的救濟節次가 整備됨으로써 남은 問題는 第一次의 行政處分에 관하여 節次의 規制를 어떻게 할 것인가의 問題였다. 그리하여 1964年 2월에 臨時行政調查會가 行政運營에 관하여 改善할 重要事項으로서 行政節次法을 채택할 것을 勤告하고 同調查會의 第三專門部會 第二分科會가 行政節次法草案作成에 着手, 全文 168條의 반대한 草案을 作成完了하였다. 이 草案에 대하여는 學界와 法曹界에서 研究와 批判이 尙今 加해지고 있으나 어찌튼 同草案의 作成으로 인하여 日本은 統一的인 一般行政節次法의 制定을 눈앞에 두고 있다.<sup>(21)</sup>

### Ⅲ. 行政節次에 대한 現行 法的規制制度 概觀

#### 1. 序 論

우리나라는 종래 行政法의 指導原理로서 이른바 法治主義 내지 法治行政의 原理를 내세우고 있으나 그것은 어디까지나 과거의 獨逸 내지 日本의 이른바 形式的法治主義를 의미하여 行政權에 맞서는 國民의 利益 내지 權利의 實質的保障原理로서의 機能을 담당하지 못했던 事情은 前章의 比較考察에서 概觀한 第二次大戰前의 독일이나 日本의 事情과 비슷했다고 할 수 있다. 그러나 日本의 경우에는 二次大戰后 完全한 敗戰國으로 聯合軍司令部의 監視 아래 戰后의 法制面에 英美法原理의 적지 않은 繼受 내지 影響을 받아 일찍부터 行政過程의 節次의 規制思想이 導入되어 憲法 31條의 節次的 保障에 관한 規定을 비롯하여 各分野의 行政實體法속에 斷片的으로나마 聽聞이나 告知制度에 관한 節次的規定을 마련하여왔고 前述한 바와 같이 최근에 와서는 統一的인 行政節次法草案까지 마련되어 그 採擇與否에 관하여 慎重한 研究가 行해지고 있다.<sup>(22)</sup> 이에 反하여 우리나라에 있어서도 解放后 오늘에 이르기까지

(21) 日本에 있어서의 行政節次法에 관한 文獻目錄은 「유리스트」 No. 279, pp. 30-35(1963年 8月 1日 號)에 상세히 收錄되어 있다.

(22) 日本의 경우 1953年 4月 現在 政府의 各省을 網羅하여 節次規定이 있는 法令數가 227個, 節次의 根據條項數 481條項, 節次規定의 適用을 받는 處分의 種類의 數가 764種에 達하고 있다. 「行政節次에 관한 報告」 日本臨時行政調查會 第3專門部會 第2分科會, 1954年 2月, p. 19.

法制面에 있어서 國家優越思想을 바탕으로 하는 傳統的인 大陸法의 法思想・法制度를 止揚하고 보다 民主的이며 英美的인 法思想 내지 法制度를 多角的으로 繼受 내지 導入하여왔음에도 불구하고 유독 行政節次의 法的規制에 관해서는 거의 外面되고 있었다. 우리나라 憲法은 美國聯邦憲法 修正 第5條 및 第14條나 日本憲法 第31條 西獨基本法 第103條등과 같은 節次的保障에 관한 規定이 없고 行政行爲의 事後的統制에 관한 一般法으로 訴願法이 制定되어 있으나 國民의 權利的 事後的救濟의 面보다는 行政의 便宜와 能率의 面을 強調하여 節次的公正을 外면한 多분히 非民主的인 法律로서 많은 缺陷과 矛盾을 內包하고 있다.<sup>(23)</sup> 그밖에 個別法中에 事後救濟節次에 관한 規定을 두고 있으나 거의 大部分의 規定이 行政의 民主化와 公正化, 國民의 權利救濟라는 面에서는 너무나 未洽한 狀態이며 節次的 混亂, 用語의 不統一, 節次基準의 애매모호등의 缺陷을 지니고 있었다. 그나마 事前的節次에 관해서는 극히 例外的으로 몇몇 個別法律中에 規定하고 있기는 하지만 그 內부분의 規定이 단순히 意見의 陳述程度에 그치고 있으며 그것도 行政廳의 裁量에 속하는 것이 많다.

外國에 있어서 一般行政節次法의 立法化運動에 影響을 받아 극히 少數의 몇몇 學者들이 이에 관한 關心을 나타내기는 하였으나 行政法의 標準的教科書에서조차 行政節次問題에 관해서는 거의 外面하였거나 事前救濟節次로서의 行政節次的 法的規制의 制度的意義는 충분히 認識되지 못하고 있었다.<sup>(24)</sup>

1965年 2월에 서울辯護士會에서는 「行政作用의 迅速・適法・公正을 保障함으로써 行政運營의 效率을 높이고 民主的法治行政의 俱現을 圖謀함을 目的」<sup>(25)</sup>으로 하는 全條13條 附則 2項의 行政節次法案을 作成하여 請願立法으로서 國會에 提出하였고<sup>(26)</sup> 그 후 議員立法으로서 그에 관한 法律案을 議會에 提出한바 있으나 모두 審議도 되지않은 채 廢案되었다. 外國에 있어서 行政節次法의 制定이 數年間에 걸친 調查研究와 分析檢討끝에 制定되고 있는 事情을 감안하면 이러한 바탕없이 이들 法案이 提出되었다는 것 자체가 어처구니 없는 노릇이었다.

## 2. 行政節次에 관한 法律의 規定

### 가. 事前節次에 관한 規定

(23) 우리나라 訴願制度의 批判에 관해서는 拙稿 “우리나라 訴願制度批判” 「法政」 1964年 3月號, 法制憲, “우리나라 訴願制度運營現況” 「法制月報」 1964年 8月號, 尹世昌, “訴願法의 改正方向” 「法政」 1964年 8月號 등 참조.

(24) 예컨대 우리나라에서 가장 定評이 있는 行政法의 標準的인 教科書인 金道稷次官의 行政法論(上)도 1968年 第13版까지만 하더라도 行政節次的 問題는 하나의 獨立된 章으로 다루어지지 않고 있었으며 李尙圭局長의 行政法教科書를 除外하고는 尙今도 大部分의 著書는 行政節次에 관해서 크게 關心을 나타내지 않고 있다. 한편 行政節次的 概念을 廣義의 行政爭訟과 同一한 概念으로 使用하고 있는 例로서는 韓泰淵・鄭熙彩共著, 「行政法學(上卷)」 1963, 法文社 p. 462 以下 참조.

(25) 서울 辯護士會作成 「行政節次法案」 第1條

(26) 法曹新聞, 1965年 2月 15日 記事

우리나라 法律에 있어서 行政作用에 관하여 事前節次로서 規定하고 있는것을 分類하여 보면

① 첫째로 當事者의 申請에 基한 營業의 許可・免許의 附與, 許可의 取消, 停止 등에 관하여 行해지는 行政處分節次 즉 申請事件에 관하여 事前聽聞을 規定하고 있는 것이 있다. 즉 古物營業法 第25條 및 典當舖營業法 第28條는 警察署長이 營業의 取消나 停止處分을 할 경우에는 미리 該營業者 또는 代理人의 出頭를 要求하여 聽聞을 行하여야 한다고 規定하고, 處分事由, 聽聞期日과 場所를 期日의 一週日前까지 當該營業者에게 通告하도록 하고 있으며 또한 聽聞時에는 當該營業者는 自己를 위하여 釋明하거나 證據를 提出할 수 있다고 規定하고 있다.

또한 建築法 第30條는 建設部長官의 建設業者에 대한 施行 및 營業停止處分 및 建設業 免許의 取消의 경우에 미리 當該建設業者에 대하여 聽聞을 行하고 또한 필요한 때에는 建設業會의 意見을 들어야 한다고 規定하고 있으며 土地區劃整理事業法 第33條는 事業의 認可申請에 있어서 大統領令의 定하는바에 의하여 關係書類의 寫本을 14日間 一般에게 供覽시켜야 하며 事業施行地區 안에 土地所有者 또는 利害關係人은 當該供覽期間內에 意見書를 提出할 수 있다고 規定하고 있다.

② 둘째로 法律이 規定한 一定한 規制目的을 달성하기 위하여 法令을 發하는 경우에 一方의 處分으로서 行하게 하지 않고 그 命令自體를 準司法的節次를 거쳐서 發하여지는 審問事件의 경우가 있다. 예컨대 勞動組合法 第41條는 勞動委員會가 不當勞動行爲에 대한 救濟命令을 發하는 경우에는 命令을 發하기 前에 필요한 調査와 關係當事者의 審問을 하여야 하며 이 경우 申請 또는 職權에 의하여 證人을 召喚審問할 수 있으며 이와같은 證人의 審問에 있어서 關係當事者에 대하여 反對審問을 할 수 있는 충분한 機會가 주어져야 한다고 規定하고 있다. 以上과 같은 聽聞과 證據調査가 行해진 결과 不當勞動行爲라고 認定되면 救濟命令을 發하고 同命令을 當事者에게 書面으로 通知한다. 이것은 當事者에게 口頭의 陳述權과 反對審問權을 必要的으로 認定하고 獨立한 行政委員會에 의하여 事前節次로서 行해지는 裁決이라는 點에 英美法上의 正式聽聞節次에 해당하는 것으로 立法政策上 勤勞者를 위한 配慮다 볼 수 있으나 우리나라의 法制上으로는 참으로 稀貴한 規定이라 할 수 있다.

그 밖에 勞動爭議調整法 第26條는 調整에 있어서 當事者의 意見聽取를 必要的인 것으로 規定하고 있으나 同法第35條는 仲裁에 있어서는 關係當事者는 意見을 陳述함에 그치고 있다.

또한 出入屋管理法는 外國人의 強制退去節次에 관하여 第32條에서 第51條까지 詳細한 規定을 하고 있는 바 同法에 있어서의 外國人은 容疑者로서 調査의 對象으로 되는 面이 강하고 權利로서의 意見의 陳述權이라든지 더구나 反對審問權에 관한 規定은 없다.

③ 셋째로 沒權의 行爲에 관하여 事前聽聞을 認定함으로써 行政廳의 事實의 認定 및 法律解釋의 適正을 圖謀하려는 것이 있다. 예컨대 土地收用法 第15條는 「建設部長官이 事業認定

을 하고자 할 때에는 關係部長官 및 道知事와 協議하여야 하며 閣令이 定하는 바에 의하여 미리 中地土地收用委員會 및 事業認定에 관하여 利害關係있는 者의 意見을 들어야 한다」고 規定하고 同法施行令 第11條는 事業認定에 관하여 利害關係있는 者의 意見書의 提出權을 規定하고 있다. 都市計劃法 第30條는 土地의 收用に 관하여 土地收用法을 準用하고 있으며 이들은 모두 口頭아닌 文書에 의한 意見의 提出로서 當事者의 事前參加를 保障하고 있는 規定이라 할 수 있다.

#### ④ 損失補償등에 관한 協議

土地收用法 第25條는 土地에 관한 權利의 取得消滅에 관하여 起業者와 利害關係인과의 協議에 관하여 規定하고 同法 第57條는 土地收用으로 인한 損失補償에 관하여 起業者와 損失者와의 協議에 관하여 規定하고 그밖에 水產業法 第66條(土地使用者 등에 대한 補償), 道路法 第97條 및 第80條(公用負擔으로 인한 損失補償), 港灣法 第37條(公用負擔으로 인한 損失補償), 土地區劃整理事業法 第37條(土地出入 등으로 인한 損失의 補償)가 當事者와의 協議에 관하여 規定하고 있다. 損失補償 등의 決定에 있어서 當事者와의 協議는 그것이 行政行爲는 아니기만 協議가 이루어지지 않을 경우에 있어서는 裁決에 의할 것을 前提로 하고 있는 것을 前提로 하고 있는 것으로서 事前에 公益과 私益의 調整을 圖謀하기 위한 節次的規制라 할 수 있는 것이다. 協議가 成立되지 않는 경우에는 土地收用委員會가 이에 관하여 裁決을 하게 되나 同委員會의 裁決節次는 상당히 可法化된 節次로서 土地收用法 第33條는 委員의 身分保障을, 同法第36條는 利害關係者에게 關係書類나 閱覽과 意見의 陳述機會를 줄 것을 要求하고 있으며, 同法 第42條는 關係人 또는 參考人의 召喚審問 및 意見書 및 資料提出에 관하여 規定하고 있다. 이런 行政處分이 對審的 構造下에서 進行되도록 配慮한 것으로 美國行政節次法(APA)의 正式節次に 接近하는 規定이라 할 수 있다.<sup>(27)</sup>

#### 나. 事後節次に 관한 規定

① 우리나라 法制는 周知하는 바와 같이 違法 또는 不當한 行政處分에 관하여 事後的救濟를 保障함에 重點을 두고 있으며 따라서 行政節次に 관한 規定도 事後節次に 관하여 보다 詳細하고도 充實된 것을 가지고 있다. 그리하여 그 代表的인 一般法으로서 訴願法이 있으며 個別法典으로서 國稅審査請求法 및 海難審判法이 있으며 行政立法에 의하여 制定된 單一法規로 訴請節次規程이 있으며, 特許審判에 관하여는 特許法中의 一節로서 規定하고 있다. 그리고 個別法規中 1~2 개의 條文으로 聽聞에 관하여 規定하고 있는 例로서는 國家公務員法 第13條, 地方公務員法 第18條, 警察公務員法 第68條가 있다. 이 밖에 舊皇室財産處理委員會規程, 國稅·地方稅調整委員會規定등에서도 聽聞에 관해 規定하고 있으나 이를 規定에 있어서의 聽聞은 어디까지나 當該行政廳의 裁量事項에 不過하기 때문에 여기서는 論外로 한다.

(27) 柳豫相, 前掲論文, pp. 142-145.

② 行政處分에 대한 事後救濟의 一般法인 訴願法에 대하여 一般的으로 指摘되고 있는 缺陷을 보면 첫째로 訴願法은 口頭審問을 行하지 않고 書面審理를 原則으로 하며 口頭節次가 필요한 경우에는 그것은 行政廳의 裁量에 속한다. 따라서 口頭審問은 訴願人의 權利로서 認定 되는 것이 아니며, 訴願法은 職權主義의인 色彩가 극히 강하다는 점이다. 둘째로 訴願의 對象이 明確하지 않다. 訴願法은 訴願事項에 대하여 包括的인 規定을 하고 있지만 法律에 따라서는 異議申請의 裁決을 經由하여야만 訴願을 提起할 수 있는 경우가 있는바 異議申請事項은 列舉事項에 局限되며 訴願과 訴訟中 어느 하나를 선택할 수 있는 경우도 있으므로 當事者의 無知와 競合할 때에는 事後救濟制度로서는 無力한 것이 된다. 셋째로 訴願裁決廳이 處分廳의 直接上級官廳이므로 公正한 審理를 期待하기 어려우며 복잡다기한 行政組織에 있어서 어느 것이 直接 上級官廳인지 明瞭하지 않을 때가 있다. 넷째로 裁決機關이 원칙적으로 單獨官廳에 의하여 審理裁決되고 있기 때문에 事件의 慎重한 審理가 충분히 確保되지 못하고 있다. 그리고 다섯째로 訴願期間이 出訴期間에 比하여 短期이며 執行不停止가 原則으로 인정되지 않으며, 그것이 認定되는 경우에도 當事者의 申請에 의하는 것이 아니라 行政廳의 職權에 의한 裁量에 依存하고 있다. 이상, 概觀한바와 같이 訴願法은 國民의 權利保護에는 너무나 소홀하며 事前節次를 規制함도 중요하지만 우리나라의 경우에는 이러한 訴願法과 같은 既存行政救濟法制의 諸缺陷의 早速한 改善도 극히 切實한 課題라 하지 않을 수 없는 것이다. (28)

③ 國稅審查請求法은 國稅의 課稅와 徵收에 관한 違法 또는 不當한 處分에 대하여 再調査請求와 審查請求에 관하여 規定하고 있다. 그러나 同法은 위와같은 處分이 不利益處分으로서 裁決의事實임에도 不拘하고 當事者의 口頭에 의한 意見의 陳述 또는 反對審問이 전혀 認定되지 않고 오직 書面에 의하여 當理하도록 規定하고 있으며 處分稅務署長이 所管地方國稅廳長에게 提出한 意見書에 대하여 이를 알고 그에 대한 反論을 提出할 수 있는 機會가 박탈당하고 있는 前近代的인 法律이라 할 수 있다.

#### 다. 審判的構造에 의한 聽聞規定

우리나라의 現行法制下에서 美國行政節次法에서 規定하고 있는 正式의 聽聞에 類似한 이른바 對審的 構造에 의한 聽聞의 例로는 前述한 勞動委員會에 있어서의 不當勞動行爲에 대한 救濟命令 및 土地收用委員會에 있어서의 裁決節次가 있는 以外에 公務員의 懲戒處分 등에 관한 訴請 審查委員會의 訴請節次와 海難審判委員會의 海難審判節次, 特許審判委員會의 特許審判節次 등이 있다. (29)

① 訴請審查委員會의 訴請節次——國家公務員法 第 13 條는 訴請審查委員會가 訴請事件을

(28) 註 23 참조.

(29) 柳祿相 前掲論文, pp. 146-148

審査할 때에는 當事者에게 陳述의 機會를 賦與하여야 하며 이와 같은 陳述의 機會를 부여하지 않는 審査는 無效로 한다고 規定하고 있다.(地方公務員法 第18條·警察公務員法 第52條·教育公務員法 第68條도 이와같은 趣旨의 規定이 있다).

訴請節次에 관한 規定은 第2條에서 審査請求의 提出을, 第4條에서 辯護人의 選任에 관하여 그리고 第5條에서 假決定의 通報에 관하여 規定하고 있다. 또한 第10條는 委員會의 訴請當事者의 陳述聽取義務와 口頭審問權을 規定하고 다시 不出席當事者에 대하여 書面에 의한 意見東述權을 인정하고 있다. 第11條는 訴請當事者의 證人의 喚問등의 證據提出에 관하여 規定하여 反對審問權을 規定하고 있다. 同法에서는 當事者에 대한 通知 및 陳述의 機會가 상당히 充分하게 주어져 있다고 할 수 있으며 審判機關이 一般의 行政廳과는 달리 獨立의 行政委員會에 의하여 行해진다는 점에서 當事者의 權利救濟에 많은 寄與을 하고 있다고 할 수 있으나 어디까지나 事後救濟節次로서의 領域을 벗어나지 못하고 있다.

② 海難審判委員會의 審判節次——海難審判은 海難原因의 규명에 있어서 專門的技術的知識을 要함으로 審判機關을 一般行機關이 아니라 特殊獨立委員會인 海難審査委員會로 하고 있다. 이것은 英美式的 特殊行政審判制度를 導入한 것으로 準司法的節次가 部分的으로 適用되고 있다. 즉 海難審判委員會에 調査官을 常駐시켜 證據의 蒐集·調査·報告·鑑定·檢證 등의 任務을 부여시키고(海難審判法 第14條·第25條) 있으며 審判은 公開된다. 委員會는 利害關係人을 召喚하여 裁決은 口頭的 辯論을 거쳐서 行해져야 한다(法第31條, 第32條). 기타 證據調査(第23條·第35條) 및 審判의 通知(第39條)에 관하여 規定하고 있다. 同法은 海難審判委員會의 獨立性의 問題 및 聽聞節次, 證據蒐集, 事實調査 등에 관하여 不完全하기는 하나 우리나라에서는 가장 完全하고 民主的인 正式의 裁決節次에 관한 規定이라 할 수 있다.

③ 特許審判節次——特許의 出願公告에 대한 異議審判節次, 特許權의 無效確認節次 등에 관하여 特許法은 상세한 規定을 두고 있으며 證據의 調査에 관하여는 民事訴訟法을 準用함으로써 特許審判節次를 司法節次에 準하는 정도로 司法化하고 있다. 이것은 特許審判이 司法審判의 대상이 되는 것은 上告審에 계류되는 段階에 限하도록 되어있기 때문에(法第136條) 特許審判節次의 司法化의 必要性은 중요한 의미를 지니는 것이라 할 수 있다. 그러나 同法 第105條는 審判節次에 관하여 特許의 無效審判은 原則으로 口頭審理에 의할 것으로 規定하고 있으나 職權에 의하여 書面審理도 할 수 있다고 規定함으로써 그 實際의 運用에 있어서는 口頭審理를 排斥하고 있다. 大法院의 判例<sup>(30)</sup>도 「特許無效의 審判에 있어서는 口頭審理를 原則으로 하고 있으나 書面審理에 의한 代替가 可能하며 그 口頭審理가 必要的 口頭辯論과 같은 性格의 것이라 할 수 없고 實은 審判官의 裁量에 의하여 열리는 書面審理의 補

(30) 1963年 12月 28日 大法院判決(62 후 14).

充으로 認定하는데 不過하다 할 것이며……」라고 判示하고 있다. 이와같이 特許審判은 口頭에 의한 聽聞節次가 實質적으로 保障되지 못하고 있으며 審判官도 一般公務員인 特許局長이 指定함으로써 그 中立性이 保障되어 있지 못하고 그것이 法院의 第一, 第二審을 代替한다는 점에서 더욱 그 不完全性이 切實하다 할 것이다.

#### IV. 行政節次에 관한 法規의 狀況과 運用上の 問題點

여러번 指摘한바와 같이 行政節次의 法的規制를 위해서는 第一次의 行政處分の 行政節次뿐만 아니라 事後救濟節次の 그것까지 包含하여 統一的으로 檢討하는 것이 바람직한 일이지만 訴願法을 비롯한 各種特別法의 檢討는 그 自體가 하나의 중요한 獨立된 研究對象이 될 것이므로 여기서 省略하고 여기서는 第一次의 行政處分の 行政節次에 관한 規定의 狀況과 그 運用上の 問題點을 指摘하는데 그치기로 한다. (行政立法에 관한 節次的 規制에 관해서는 여기서는 論外로 한다).

우리나라의 경우 이미 概觀한바와 같이 第一次의 行政處分の 節次的規制를 가지고 있는 法規의 數도 적고 오히려 극히 例外的인 狀況인데 比하여 比較的 그러한 法規를 廣範하게 採擇運用하여온 日本의 경우에 있어서 그 規定狀況과 運用에 관하여 1964年 2月 日本臨時行政調査會가 指摘한바에 의하면 대략 다음과 같다.<sup>(31)</sup>

##### 1. 法規의 狀況에 있어서의 問題點

① 用語의 不統一 — 行政節次에 관한 規定에서 사용하고 있는 用語가 극히 混亂을 이루고 있다. 예컨대 聽聞에 관해서도 「聽聞」「聽問」「辯明할 機會」「陳述할 機會」「釋明할 機會」「審問」「口頭審理」「審判」「意見의 聽取」등 여러가지 用語가 쓰이고 있기니와 이들 用語는 立法過程에 있어서 어떤 基準에 의거하여 使用되어진 것이 아니라, 어떤 特定한 用語가 반드시 特定한 節次를 의미하고 있지도 않다. 그리하여 이러한 用語의 不統一은 制度의 趣旨의 理解를 방해하고 行政運營의 能率을 低下시켜 나아가서는 國民의 權利保障을 害할 우려가 있다.

② 規定內容의 不統一 — 行政節次에 관한 規定은 繁簡精粗하여 統一성을 缺하고 있다. 聽聞에 관한 規定은 겨우 한 條項만 두고있는 경우가 있는가하면 聽聞의 開催要件, 形態, 公開의 有無, 聽聞主宰者, 當事者, 利害關係人, 通知, 公示, 聽聞의 拋棄, 證據調査, 決定節次 등에 관하여 상당히 상세하게 規定하고 있는 경우가 있고 또 그 中間的인 경우도 있어 그 規定樣式이 各각이다. 이러한 規定內容의 不統一은 行政處分の 性質上的 多樣性에도 起因하지만 대체로 거기에는 合理的인 根據가 없고 개개의 立法時에 明確한 方針없이 節次規定을

(31) “臨時行政調査會의 答申(特集)”, 「自治研究」第40卷 臨時增刊 第11(1965年 10月), 良書普及會發行, pp. 311-313.

設定하여 行政의 運用에 一任해버린 결과로서 이러한 不統一相을 나타내게 된 것으로 볼 수 있다.

③ 規定內容의 不備—상세한 節次規定이 設定되어있는 경우에는 크게 문제가 되지 않겠으나 단순히 聽聞을 行하지 않으면 아니된다」고만 規定하고, 보다 상세한 規定을 하지 않을 경우에는 곤란한 문제가 생긴다. 만일 行政節次法이 있어서 一般的인 基準을 提示하고 있다면上記와 같은 간단한 規定으로서도 足하지만 이러한 一般的規定이 없는 경우에는 法律이 要求하는 聽聞의 內容이 어떤 것인가가 분명하지가 않다. 따라서 결국 行政廳이 適宜 運用해 나가게 되거나 이렇게 되면 모처럼 聽聞을 要하게 한 立法趣旨은 적지않게 沒却된다. 그리고 이러한 規定의 內容의 不備를 補充하기 위한 判例도 적고 判斷의 基準이 되는 것도 없는 경우에 個個의 法律속에 斷片的으로 規定하는 節次的保障만으로서는 一般的으로 行政의 公正性を 保障할 수는 없는 것이다.

④ 行政處分の 性質과 節次規定의 關聯性—行政節次에 관한 規定은 각각의 行政處分の 性質에 비추어 妥當한 節次가 선택되지 않으면 안된다. 그리고 節次的 有害無益한 多樣性을 가급적 피하고 合理的인 節次的 整備를 포함이 필요하다. 그런데 立法에 臨하여 이러한 점의 考慮가 부족하기 때문에 前述한바와 같은 不備不統一을 일으키고 또한 예컨대 聽聞節次가 필요없는데도 공연히 그러한 規定을 두는가하면 반대로 節次的保障을 해야할 경우에 그것을 缺하고 있는 경우도 있다.

行政節次에 관한 規定의 狀況에서 볼 것 같으면 以上과 같은 問題點이 있거니와 이제 이러한 規定의 不備不統一에서 直接 생겨나는 弊害를 보면 첫째로 規定이 不備不統一하고 더구나 個個의 法律이 단순히 聽聞을 행할 것에 관해서만 規定함에 그치는 경우 그 最少限의 節次的 保障의 法理에 관한 判例法도 극히 드물기 때문에 節次的規定을 어떻게 運營할 것인가는 많은 경우 行政廳의 裁量에 맡겨지게 될 것이다. 따라서 어떤 內容의 節次이건 일응 形式的으로 行하기만 하면 違法이 아닌 것이 되어 公正節次的 制度的趣旨에 맞지 않게 된다. 둘째로 法律이 단순히 聽聞을 행할 것에 관해서만 規定함에 그치고 依據할 基準을 缺하는 경우에는 行政廳에 있어서도 能率的인 行政이 阻害될 우려가 없지 않다. 그리고 셋째로 國民側에서도 節次的保障의 內容이 不明確한체로 節次に 參加한들 공연히 不安定 가지지 않고 自己의 權利, 利益의 擁護를 위한 主張이나 立證을 충분히 할 수 없게 된다.

## 2. 法規運用上的 問題點

① 聽聞實施件數의 稀少—實施件數가 적은 理由로는 첫째로 聽聞節次와 관련되는 行政處分 자체가 극히 드물게 行해지는 경우로서 이런 경우는 여기서 물론 問題되지 않는다. 둘째로 行政廳側에 번거로운 節次를 거침을 避하고 行政指導에 의하여 事實上 處分한 것과 마찬가지로

(32) 拙稿：“行政指導에 관한 法的問題”，「監査月報」1966年 8月號 참조.

지 目的을 達成하는 예가 적지 않으며 이러한 行政指導는 적지않은 問題點을 내포하고 있으며 公正節次를 空文化할 우려가 적지 않다.<sup>(32)</sup> 셋째로 行政廳이 聽聞을 回避하는 事例中에는 막바로 不利益處分을 하려 들지 않고 行政指導로서 未然에 警告하는 예가 적지 않다. 이러한 行政指導는 대체로 是認해도 相關없을 것이다. 넷째로 國民側의 心理로 보아 行政廳의 監督이 특히 強力한 分野에 있어서는 구지 맞서 다투려 들지 않고 行政指導에 自進 따를러 하며 또한 處分에 있어서는 聽聞節次를 利用하려 들지 않는다. 그리고 다섯째로 聽聞制度의 內容自體가 많은 경우 不明確하고 그 趣旨나 節次가 그다지 理解되지 않는 것도 件數가 적은 하나의 理由이기도 하다.

② 聽聞節次의 形式的運用—聽聞節次가 거의 形式的 내지는 걸치레로 運用되는 事例가 많은데, 예컨대 形式的으로 聽聞을 施行하지만 實質的으로는 그 이전에 이미 處分은 決定되어 있어 聽聞自體는 처음부터 眼中에 없거나 있다하더라도 處分을 合理化시키는 구실밖에 하지 않는 경우가 그것이다. 이러한 形式的運用의 理由로는 첫째로 行政官廳側의 公正節次의 保障觀念에 대한 認識 내지 理解不足을 들 수 있고 둘째로 國民側의 前述한 바와 같은 心理的 要因 셋째로 事實의 調査에 관계한 公務員이 聽聞時에 聽聞官이 됨으로써 兩者의 分離가 制度上 保障되어 있지 않으며, 이런 경우 聽聞以前에 이미 事實認定을 해버리는 傾向이 있다. 넷째로 節次가 整備되어 있지 않기 때문에 걸치레적인 運用이라도 그것을 違法이라 할 수 없게 된다.<sup>(33)</sup>

③ 聽聞節次의 趣旨의 誤解—원래 聽聞節次는 不利益處分을 받는 國民에게 右利한 主張·立證을 할 機會를 줌으로써 公正한 行政을 行하게 하자는데 그 趣旨가 있음에도 불구하고 이와 反對로 取調나 問招를 위한 節次 즉 行政廳側의 調査手段으로서 運用되는 경우가 없지 않다.

④ 節次運用上의 不統一—法令의 規定도 前述과 같이 不備不統一이었지만 聽聞의 運用面에서도 극히 不統一한 面이 있다. 合理性있는 多樣性이라면 相關있으나 立法의 不備나 官廳의 便宜로 因한 不統一이 흔하기 때문에 改善의 餘地가 크다.

以上 運用上의 여러가지 問題點을 列擧하였으나 요컨대 聽聞節次의 運用이 잘 되지 않는 理由를 整理하여 보면 ①行政廳側의 權力者意識의 殘存, ②行政節次에 대한 行政廳 및 國民側의 理解不足, ③法制上의 缺陷, ④行政節次를 擔當하는 人的面의 配慮缺如 등으로 要約할 수 있는 것이다.

그러나 通用的 實態가 이상과 같다 하여 行政節次가 無用之物이라고 速斷할 수는 없는 것

(33) 古物營業法과 典當舖營業法을 執行하는 警察官署當局者들도 同法25條와 28條의 聽聞規定의 有名無實함을 指摘하고 建築業法(第30條)과 관련된 建設業者에 대한 意見聽取도 대개의 경우 行政指導의 形式으로 行해지고 있다고 함.(關係者와의 面接調査).

이다. 이 制度에 內在하는 缺陷을 是正하고 節次의 保障을 強化整備해나갈 必要가 있을 것이다. 事實 現在에 있어서도 行政節次에 관한 規定이 있음으로써 恣意的인 公權力의 行使가 크게 抑制되고 있으며 行政廳으로서는 번거로운 節次 때문에 公權力의 發動力을 가급적 삼가하게 되며 慎重을 期하게 되고, 오히려 行政指導등과 같은 手段을 活用하는 것을 보면 확실히 상가한 抑制의 機能을 다하고 있음을 否定할 수 없는 것이다. 만일 行政能率의 增進만을 위하여 上述와 같은 制度를 폐지하게 되면 行政權의 恣意的인 行使가 늘어나게 되고 辯明 등의 機能도 주지 않는채 不利益處分을 받는 國民의 不滿이 높아질 것이다. 새로운 制度란 처음부터 完全히 運用될 수는 없다. 잘 運用되지 않거나 實績이 크지 않다고 당장 無用論을 주장하는 것은 너무나 性急한 所致라 하지 않을 수 없다. 요컨대 公正하고도 民主的이며 또한 能率的인 行政을 實現하기 위해서는 現在의 制度 및 그 運用上의 缺陷을 除去할 努力이 행해지지 않으면 아니될 것이며 行政節次에 관한 法制에 대한 研究가 보다 強化되어야 할 것이다.

## V. 結 論

1. 行政節次의 法的規制의 中核은 결국 當事者에 대하여 —때로는 利害關係인에게도— 事實을 告知하고 聽聞의 機會를 부여하는데 있다. 國民이 公權力에 의하여 不利益의 處分을 받을 경우 미리 그 事實의 內容에 관한 告知를 받고, 또한 行政廳에 대하여 自己에게 有利한 主張, 立證을 할 機會를 부여하는 것이 行政에 있어서의 公正節次가 要請되는 所以라 할 수 있다. 왜냐하면 이러한 公正節次下에서 行政의 公正이 確保될 수 있고 國民의 權利는 保障될 수 있기 때문이다.

물론 行政處分의 內容은 多種多樣하기 때문에 모든 處분에 대하여 告知・聽聞의 機會를 부여할 수는 없을 것이고 또한 그럴 必要도 없다. 그리고 行政處分의 性質에 따라서는 相異한 節次가 바람직한 경우도 적지 않다. 따라서 不備不統一의 弊端이라든가 統一의 必要性 云云하는 경우에 있어서도 이러한 事情은 十分히 고려되어야 할 것이다. 無用有害한 節次의 多樣性은 확실히 行政의 能率을 低下시킬 것이고 오히려 反民主的인 것이기 때문에 非難되지 않으면 아니된다. 그러나 同一한 性質의 處분이 相異한 節次에 따라 統一性없이 行해질 때 行政全體의 能率은 阻害될 것이고 國民側의 不便도 대단할 것이다.

그런데 이미 本論에서 보아온 바와 같이 우리나라의 現行法制에 있어서는 意識的이건 無意識的이건 너무나도 이러한 行政에 있어서의 公正節次의 確保를 위한 法的規制에 대한 認識과 理解가 缺如되어 있다. 節次規定의 不備不統一의 論議以前的 거의 原始的의 段階에 있는 것이 現實이라 할 수 있다. 公權力發動을 바탕으로 하는 거의 모든 行政의 領域에 있어서 尙今 行政權優越의 思想과 實際가 拂拭되고 있지 못하고 있는 것이 오늘의 現實이며 行政의

不正腐敗도 따져보면 결국 이러한 行政優越과 行政의 無節制라는 行政現實에서 由來하는 것이라 하여도 過言이 아닐 것이다. 韓國의 오늘에 있어서 가장 時急한 當面課題가 이러한 行政現實의 改善에 있으며 그 制度的 改善方案의 하나가 다름아닌 行政節次의 法的規制法制라 할 수 있는 것이다.

2. 以上の 考察을 通하여 우리가 생각할 수 있는 行政節次의 法的規制의 方案으로는 다음과 같은 세가지를 들 수 있을 것이다.

첫째는 行政節次法과 같은 一般的인 法律을 制定하지 않고 現在와 같이 個個의 法律中에 現在보다 더 廣範圍하게 보다 상세한 規定을 設定함으로써 行政에 있어서의 公正節次確保의 制度的 活用の 認識도와 範圍를 強化 擴大함으로써 現行法制의 不備를 是正하고 漸進的으로 法律間의 不統一을 改正해 나가는 方案이 있다.

둘째는 行政處分을 몇가지 類型으로 分類하여 그 각각에 대하여 節次法을 制定하도록 하는 方案이 있을 텐데 이 경우 어떤 基準으로 類型을 分類할 것이며 그 境界問題등에 관하여 여러가지 곤란한 문제가 일어날 가능성이 있다. 이 둘째의 方案을 支持하는 立場에서는 一般的인 行政節次法の 制定可能性 내지 妥當性에 대하여 疑問을 가지며 그것보다는 오히려 각각의 行政分野에 相應한 類型別行政節次法을 漸進的으로 制定하는 것이 妥當하다는 주장이다. 이 方案에 의하면 아마 2개 내지 3개의 類型에 관한 法制가 整備되는데 그치고 대부분의 行政分野에 있어서의 節次는 종래대로 남게될 가능성이 크다.

셋째로 統一的인 一般行政節次法을 制定하여 節次의 一般的인 基準을 明確히 하는 方案이 있다. 물론 이 경우 適用除外를 인정할 필요가 있다. 즉 處分의 性質上 節次的規制가 適當하지 않는 것이라든가 別個의 特殊 節次를 필요로 하는 것 등은 除外된다. 그리하여 一般行政節次法이 制定되게 되면 個個의 法律에서는 단순히 聽聞을 行하도록만 規定하더라도 行政節次法の 適用을 받게 됨으로써 國民에게는 물론, 行政廳에게도 節次의 內容은 明確해진다.

이상과 같은 세가지 方案 가운데서 韓國의 現實을 생각하면 첫째의 方案만으로서도 現在보다는 越等히 改善된 段階라 볼 수 있겠으나 결국은 이제까지 本稿에서 檢討考察하여 본바와 같이(第19章 참조) 規定의 不備不統一을 비롯한 여러가지 問題點이 惹起되어 早晚間 그에 대한 再整備作業이 不可避하게 될 것이기 때문에 극히 彌縫的인 方案임을 뉘치 못할 것이다. 그리고 둘째의 方案은 이미 指摘한바와 같이 立法上의 困難이 예상될 뿐 아니라 결국 쓸데없는 多樣性을 除去하는 方案으로서는 충분하다 할 수 없을 것이다. 결국 本稿에서의 結論은 궁극적인 方案으로서 統一的인 一般行政節次法の 制定이 가장 妥當한 改善方案이라는 立場을 취하고자 하는 것이다.

3. 이러한 一般의 行政節次法の 制定에 대해서는 종래 學者들간에 贊否兩論이 對立되어 있어 外國의 例에서도 이미 보아온바와 같이 그 現實的制定에 많은 論難이 거듭되고 있고 또

法案이作成된 뒤에도 相當한 時日을 두고 細心한 研究檢討가 傾注되고 있다. 이제 贊成論의 代表的 論據를 들자면 대략 다음과 같은 다섯가지를 要約할 수 있다.<sup>(34)</sup>

- ① 行政節次法の 制定에 의하여 行政運營의 民主化와 公正化를 期할 수 있다.
  - ② 國民의 權利保護의 適確을 期할 수 있다.
  - ③ 行政權의 行使에 統一된 明確한 基準을 부여함으로써 行政의 圓滑化와 能率化의 要請에 適應할 수 있다.
  - ④ 立法의 簡易明確化를 期하고 公務員 및 國民에 대한 教育의 效果를 期할 수 있다.
  - ⑤ 行政救濟制度의 合理化를 圖謀할 수 있고 法院의 負擔의 輕減에 寄與할 수 있다.
- 한편 反對論의 立場에서 指摘하는 바를 보면 다음과 같다.
- ① 行政의 多樣性이 節次의 統一을 어렵게 한다. 각종의 異質的인 行政을 統一의 節次로서 處理하기 곤란한다.
  - ② 行政節次를 엄격하게 規制하게 되면 行政의 能率性, 敏速性의 要請에 反한다.
  - ③ 行政은 諸般의 事情에 適應하도록 彈力性을 가져야 하기 때문에 그것을 固定시켜서는 아니된다.

생각컨대 行政의 多樣性을 지닌다고 해서 節次 자체를 不合理하게 多樣性을 지니게 된다고 말할 수는 없는 것이다. 行政의 多樣性 속에서 共通性을 發見함과 동시에 多樣性에 相應한 配慮를 미하도록 하여야 할 것이다. 따라서 節次的 規制가 적당치 않은 것이라든가 特別한 節次를 要하는 것은 適用除外의 規定에 의해서 措置하면 될 것이다. 그리고 反對의 論者의 주장에 대해서 볼 것 같으면 國民의 權利保護를 위해서는 多少間의 行政의 能率性, 敏速性을 犧牲시키지 않을 수 없는 것이 民主國家의 宿命이라 確信하며 또 性質上 꼭 迅速性을 要하는 것에 대해서는 例外를 인정하면 될 것이다. 요컨대 國政全體로 볼 때 不合理한 多樣性 때문에 오히려 能率을 阻害시키는 경우가 적지 않음을 看過할 수 없다. 그리고 끝으로 行政節次法の 制定에 있어서도 多少의 彈力性을 配慮하는 立法研究가 試圖됨으로써 行政의 伸縮性 彈力性의 要請을 어느 정도 살릴 수 있을 것이다.

4. 이러한 行政節次法이 理想的인 것이 되려면 어떤 內容의 것이 最少限 規定되어야 할 것이며 또한 그것이 어떠한 方法으로 서로 法技術的으로 聯關配列되어야 할 것이냐 등의 문제는 그 自體 중요한 問題이고 先進國의 立法例를 廣範圍하게 比較研究하고 同時에 우리나라의 社會的, 經濟的, 政治的條件을 고려에 넣어 우리나라의 現實에 適合한 것인가의 與否에 관한 系統的인 研究가 이루어지지 않는 限 서둘러 다루어질 수 없는 문제라 할 수 있

(34) 拙稿 “行政節次의 法的規制——行政節次法の 制定을 促求하면서”, 「저스티스」 第8卷 第1號(1964년 5월) 韓國法學院發行, pp. 30-31, 李尙圭 著, 新行政法論(上), 1968, 法文社, pp. 233-235.

때문에 本稿에서는 그에 대한 앞으로의 本格的인 研究의 必要性和 緊急性을 強調하고 行政節次의 法的規制의 理念的 및 制度的意義에 대한 理解와 認識을 促求하면서 本稿를 맺으려 한다.

### 參 考 書 誌

- K.C. Davis, *Administrative Law Treatise*, I. West publishing Co., 1958.  
K.C. Davis, *Administrative Law Text*, West Publishing Co., 1958.  
W. Gellhorn und C. Byse, *Administrative Law: Cases and Comments*, The Foundation Press, 1954.  
J.A.C. Griffith and H. Street, *Principles of Administrative Law*, 3d. Ed., 1963.  
B. Schwartz, *American Administrative Law*, Pitman Publishing Co., 1950.  
B. Schwartz, *French Administrative Law and the Common Law World*, New York University Press, 1954.  
H.W.R. Wade, *Administrative Law*, 2d ed., Callrendon Press-Oxford., 1967.  
O. Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Bd. 1, 3 Aufl., 1924.  
E. Forsthoff, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, Bd 1, 9 Aufl., 1966.  
C.H. Ule, *Verwaltungsprozessrecht*, 4 Aufl., 1966.  
H. Wolff, *Verwaltungsrecht III*, 2 Aufl., 1967.  
鶴飼信成 編 「行政手續의 研究」, 有信堂, 1961.  
園部逸夫 著 「行政手續의 法理」, 有斐閣, 1969.  
山本正太郎 著 「英國行政法の 研究」, 弘文堂, 1970.  
日本臨時行政調査會刊 「行政手續에 관한 報告」, 1964.  
日本公法學會刊 「公法研究」 第23號, 1961.  
" 「公法研究」 第31號, 1969.  
韓泰淵・鄭熙彩 著 「行政法學(上卷)」, 法文社, 1963.  
金道勣 著 「行政法論(上)」, 博英社, 1968.  
李尙圭 著 「新行政法論 上」, 法文法, 1968.  
" 「美國行政法論」, 法文社, 1963.  
尹世昌 著 「英國行政法序論」, 一潮閣, 1964.  
法制處編 「各國行政救濟關係法規集」(法制) 資料第11輯, 1963.  
尹世昌, " 訴願法の 改正方向", 「法政」, 1964年 8月號.

- 金南辰, “行政節次の立法化”, 「法政」, 1965年 5月號.
- “ ” , “行政行爲의 節次の 適正化”, 「法制月報」, 1966年 10, 11月號.
- 李尙圭, “適法節次の 發展”, 「監查月報」, 1965年 2月號.
- “ ” , “公正한 行政節次”, 「司法行政」, 1965年 10月號.
- 柳祿相, “行政節次に 관한 小考—APA의 行政聽聞을 中心으로”, 서울大學校 司法大學院 碩士學位論文, 1970.
- 行政改革調査委員會刊, “許認可의 改善을 위한 調査報告書,” 1966.
- 徐元宇, “새로운 行政法の 課題—美國行政手續法の 性格을 中心으로”, 「行政論叢」創刊號, 1963. 서울大學校 行政大學院.
- “ ” , “行政節次の 法的規制—行政節次法の 制定을 促求하면서” 「저스티스」第8卷 第1號, 1964年 5月號, 韓國法學院.
- “ ” , “行政聽聞制度,” 「法曹」, 1964年 4.5.6月號.
- “ ” , “우리나라 訴願制度批判,” 「法政」1964年 5.6月號